

R. CASACION núm.: 1622/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 132/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 3 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1622/2020, interpuesto por la Administración General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado, contra la sentencia de fecha 3 de octubre de 2019 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, que estimó parcialmente el recurso de apelación nº 2475/2018.

Ha sido parte recurrida D. | representado por la procuradora D.^a Paz Santamaría Zapata, bajo la dirección letrada de D.^a Adriana Milena Linares Ríos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

Firmado por: FERNANDO ROMAN
GARCIA
06/02/2022 19:31
Minerva

Firmado por: SEGUNDO MENENDEZ
PEREZ
07/02/2022 10:09
Minerva

Firmado por: OCTAVIO JUAN HERRERO
PINA
07/02/2022 13:13
Minerva

Firmado por: WENCESLAO OLEA
GODOY
07/02/2022 13:41
Minerva

Firmado por: ANGELES HUET DE
SANDE
07/02/2022 17:31
Minerva

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Málaga se dictó sentencia en fecha 19 de septiembre de 2018 por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. _____ contra la resolución de fecha 23 de noviembre de 2017 -confirmada en alzada por la de 14 de diciembre- de la Subdelegación del Gobierno de Málaga que acordaba la devolución del recurrente al país de origen.

SEGUNDO.- Recurrída en apelación dicha sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, dictó sentencia con fecha 3 de octubre de 2019, cuyo fallo literalmente establecía:

«[...] Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de _____ revocando la sentencia recurrida de fecha 19 de septiembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Málaga, y en su lugar se estima en parte el recurso contencioso administrativo planteado contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Andalucía de 14 de diciembre de 2017 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de devolución del recurrente dictada por la Subdelegación del Gobierno en Málaga de fecha 23 de noviembre de 2017, que se anulan por no ser conformes a derecho, sin expresa imposición de costas causadas en ninguna de las instancias. »

TERCERO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la Abogacía del Estado, el cual se tuvo por preparado en auto de 22 de enero de 2020 dictado por el Tribunal de instancia, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo y remisión de las actuaciones.

CUARTO.- La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en auto de fecha 19 de febrero de 2021 declaró que la cuestión planteada en el recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar: «[...] si la solicitud de protección internacional supone la automática paralización de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante, o, por el contrario, si dicha solicitud sólo afecta a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en el correspondiente procedimiento.»

Y, a tal efecto, dicho auto, identificó como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación: «[...] los artículos 18 y 19 Ley de Asilo y Protección Subsidiaria (12/2009, de 30 de octubre; y 246.7 Rgto Extranjería (RD 557/2011, de 20 de abril)., ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA).»

QUINTO.- La parte recurrente formalizó la interposición del recurso de casación en escrito presentado el 15 de abril de 2021, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó:

«[...] 1º) Que estime este recurso de casación y anule la sentencia impugnada.

2º) Que desestime la pretensión de la demandante en la instancia y confirme la legalidad de la denegación de protección internacional decretada en la vía administrativa con los demás pronunciamientos legales.

3º) Todo ello conforme a la interpretación que ha sido defendida en este escrito de interposición de los mencionados preceptos a los que se refiere el Auto admitiendo esta casación y, en concreto, sosteniendo que la solicitud de protección internacional no supone la automática paralización de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante, sino que esa solicitud solo afecta a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en ese procedimiento. »

SEXTO.- Por providencia de 16 de abril de 2021 se dio traslado a la parte recurrida para que pudiera oponerse, lo que así hizo en escrito presentado el 11 de junio siguiente en el que, tras las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, terminó suplicando: «[...] Tenga por presentado este escrito y por formulada oposición al recurso de casación núm 1622/2020, interpuesto contra la Sentencia No.

2760/2019 de 3 de octubre de 2019, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el Recurso de Apelación 2475/2018 y en virtud de lo expuesto dicte sentencia declarando no haber lugar al mismo y confirmando en todos sus extremos la Sentencia de instancia e imponiendo a la Administración recurrente las costas del presente proceso.»

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción y, considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

OCTAVO.- Por providencia de fecha 21 de julio de 2021 se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García y se señaló de nuevo para votación y fallo de este recurso el día 18 de enero de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de este recurso.

Se impugna en este recurso de casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 3 de octubre de 2019, cuyo fallo literalmente establecía:

«[...] Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de [redacted] revocando la sentencia recurrida de fecha 19 de septiembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Málaga, y en su lugar se estima en parte el recurso contencioso administrativo planteado contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Andalucía de 14 de diciembre de 2017 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de devolución del recurrente dictada por la Subdelegación del Gobierno en Málaga de fecha 23 de noviembre de 2017, que se anulan por [redacted]»

no ser conformes a derecho, sin expresa imposición de costas causadas en ninguna de las instancias».

SEGUNDO.- La cuestión de interés casacional.

El auto de admisión dictado por la Sección Primera de esta Sala en fecha 19 de febrero de 2021 estableció que la cuestión que en este caso tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en “determinar si la solicitud de protección internacional supone la automática paralización de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante, o, por el contrario, esa solicitud sólo afecta a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en el correspondiente procedimiento”.

Dicho auto identificó como normas que, en principio, deberían ser objeto de interpretación los artículos 18 y 19 Ley de Asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre) y el artículo 246.7 del Reglamento de Extranjería (RD 557/2011, de 20 de abril); ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA).

TERCERO.- Reiteración de la doctrina jurisprudencial establecida en relación con la cuestión de interés casacional suscitada en este recurso.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de interés casacional ahora suscitada. Así lo ha hecho en las SSTS nº 1.458/2021 y 1.502/2021, de 13 y 16 de diciembre de 2021, dictadas -respectivamente en los recursos nº 7863/2020 y 7864/2020, remitiéndose la citada en segundo lugar a lo razonado y concluido en la primera.

Así, en la STS nº. 1.458/2021 se establecía al respecto:

“QUINTO. La cuestión que presenta interés casacional objetivo.

A).- La cuestión en la que se ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia -si la solicitud de protección internacional implica la automática paralización de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante o, por el contrario, sólo afecta a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en dicho procedimiento- no puede ser respondida de forma abstracta y desligada de la concreta actuación administrativa originariamente impugnada que se refiere a una resolución que acuerda la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un período de tres años de una ciudadana extranjera nacida en Perú, doña Bethzabé Murillo Cahuaza, por haber cometido la infracción grave prevista en el art. 53.1.a) LOEx, esto es, por encontrarse irregularmente en España.

Por tanto, la cuestión a la que tenemos que dar respuesta, debidamente referida a la resolución administrativa originariamente impugnada, es la de si la solicitud de protección internacional implica la automática paralización de los procedimientos de expulsión por estancia irregular que pudieran afectar al solicitante o sólo afecta a la ejecución de la expulsión que pudiera acordarse en dichos procedimientos.

B).- Nuestra respuesta ha de venir guiada por el respeto al principio de no devolución que garantiza que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución, que se erige en la garantía fundamental de la protección internacional reconocida en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 28 de julio de 1951 (art. 33.1), y que ha sido configurado como derecho fundamental en los arts. 18 y 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y reafirmado en el art. 21 de la Directiva 2011/95, en el considerando 3 de la Directiva 2013/32, y en el considerado 8 y en el art. 5 de la Directiva 2008/115.

En el ámbito interno es el art. 5 de la Ley 12/2009, el que proclama la no devolución ni expulsión como derecho sustancial que garantiza el estatuto de asilo y protección subsidiaria, y para garantizar la efectividad de este derecho nuclear de la protección internacional se adelanta su salvaguarda al momento mismo de presentación de la solicitud de protección internacional. A ello responden los arts. 18.1.d) y 19.1 de la Ley 12/2009, que son los que han sustentado la decisión adoptada en la sentencia recurrida.

El primero de estos preceptos, art. 18.1.d), dice lo siguiente:

«1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los arts. 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos: (...) d) a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante».

Y el segundo, art. 19.1, es del siguiente tenor:

«Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. ... ».

De estos preceptos se desprende que no es posible la devolución, retorno o expulsión del solicitante de asilo hasta que no se resuelva o inadmita la solicitud de protección internacional, pero ninguno de los dos preceptos aclara o precisa cuál sea el momento en el que deba paralizarse o suspenderse la expulsión -por lo que al caso se refiere-, si antes de acordarse o, ya acordada, al tiempo de ejecutarse, esto es, si una vez solicitada la protección internacional, la suspensión o paralización de la expulsión afecta sólo a la ejecución de tal medida o si impide también su mera declaración, en definitiva, si presentada una solicitud de protección internacional en el curso de un procedimiento de expulsión por estancia irregular se suspende la posibilidad de acordar la expulsión hasta que se resuelva o inadmita tal petición - como ha entendido la sentencia recurrida- o si es posible acordar la expulsión sin haberse resuelto aquella petición, aunque no pueda ejecutarse hasta que la solicitud de protección internacional se resuelva o inadmita, como sostiene el recurrente.

Ninguna duda cabe de que, a la luz del principio de no devolución, presentada una solicitud de protección internacional, la expulsión por estancia irregular no puede ejecutarse hasta que aquella solicitud no haya sido resuelta o inadmitida -o más precisamente, hasta que el rechazo o la inadmisión sean ejecutivos-, y a ello se refieren los arts. 57.6, 64.5 LOEx y 246.7 ROEx, pero se trata de determinar si la petición de protección internacional suspende también la posibilidad misma de acordar la expulsión por aquella causa hasta tanto la petición de protección internacional se resuelva, circunstancia que es la que aquí se plantea al haberse formulado la petición de protección internacional en el curso de un procedimiento de expulsión seguido al amparo del art. 53.1.a) LOEx, que seguía sin resolverse cuando se dicta el acuerdo de expulsión.

C).- Entendemos que es esta segunda solución la que debe adoptarse, no ya por los términos categóricos e indiferenciados en los que se expresa el art. 18.1.d) de la Ley de asilo al referirse a la suspensión de «cualquier proceso» de devolución o expulsión sin distinguir si se está en fase declarativa o de ejecución, sino porque no es posible calificar de irregular la estancia cuando se ha solicitado la protección internacional y hasta tanto ésta no es rechazada o inadmitida. Así se desprende del art. 9.1 de la Directiva 32/2013 (antiguo art. 7, apartado 1, de la Directiva 2000/85), en relación con el considerando 9 de la Directiva 2008/115 (Directiva de retorno). Esta misma premisa es la que subyace al art. 17.2 de la Ley de asilo que impide sancionar la entrada ilegal («no podrá ser sancionada», dice el precepto) de quien reúna los requisitos para obtener la protección internacional.

Dice así el art. 9.1 de la Directiva 32/2013:

«1. Los solicitantes estarán autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia establecidos en el capítulo III. Ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.»

Y el considerando 9 de la Directiva de retorno se expresa en estos términos:

«Con arreglo a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, no se debe considerar que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo.»

Estas previsiones han sido objeto de interpretación por el TJUE en su sentencia de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16, citada por el recurrente, en sus considerandos 40 y 41:

«40 De conformidad con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/85, los solicitantes de protección internacional están autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria de primera instancia haya adoptado una decisión por la que deniegue la solicitud de protección internacional. Aunque ese derecho no constituye, conforme a los propios términos de dicha disposición, un derecho a obtener un permiso de residencia, del considerando 9 de la Directiva 2008/115 se desprende, no obstante, que ese derecho a permanecer impide que la situación del solicitante de protección internacional pueda considerarse «irregular», en el sentido de dicha Directiva, durante el período comprendido entre la presentación de su solicitud de protección internacional y la adopción de una decisión en primera instancia que resuelva sobre dicha solicitud.

41 Según se desprende claramente del tenor literal del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/85, el derecho a permanecer previsto en esa disposición finaliza en el momento el que la autoridad decisoria adopta en primera instancia la decisión por la que se deniega la solicitud de protección internacional. A falta de una autorización o de otro permiso de residencia concedido al interesado con arreglo a otra base jurídica, en particular en virtud del artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2008/115, que permita al solicitante cuya solicitud haya

sido denegada cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el Estado miembro de que se trate, la decisión de denegación entraña que, desde su adopción, el solicitante ya no cumple esas condiciones, de modo que su situación pasa a ser irregular.»

Así pues, de conformidad con el juego conjunto de ambas Directivas, no puede calificarse de irregular, en el sentido de la Directiva de retorno, la estancia en España de quien ha solicitado protección internacional hasta tanto esta petición sea desestimada o inadmitida «en primera instancia», pasando a ser irregular a partir de ese momento.

Y si esto es así, esto es, si no puede considerarse «irregular», en los términos del art. 6.1 de la Directiva de retorno, la situación del solicitante de protección internacional desde que se formula la petición hasta que se dicta por la Administración una inicial decisión de rechazo o inadmisión, no es posible durante ese periodo acordar una expulsión por «encontrarse ilegalmente en territorio español», como reza la infracción descrita en el art. 53.1.a) LOEx. Lógicamente, este derecho a permanecer regularmente en España sólo tiene un efecto limitado o transitorio, pues lo es «únicamente a efectos del procedimiento» de protección internacional y entretanto éste se resuelve o inadmite, y ello impide que pueda derivarse del mismo la subsanación de la estancia irregular anterior, de forma que, rechazada o inadmitida la petición de protección internacional (y no otorgada tampoco la residencia por razones humanitarias prevista en el art. 37 de la Ley 12/2009), subsiste aquella estancia irregular determinante de la expulsión que puede ya ser acordada.

D).- Y aún existe otra razón que nos inclina a sostener la improcedencia de acordar la expulsión por estancia irregular mientras está pendiente de resolverse o admitirse una petición de protección internacional y es la de que la resolución que acuerda denegar o inadmitir una petición de protección internacional puede, no obstante, autorizar la residencia en España por razones humanitarias (art. 37 de la Ley 12/2009), y ello significa, no sólo que en dicho procedimiento puede obtenerse un título habilitante para permanecer en España distinto de la protección internacional, sino también que en el procedimiento de protección internacional pueden valorarse hechos y circunstancias que pueden ser determinantes del juicio de proporcionalidad que ha de fundamentar cualquier decisión de expulsión. Debe traerse a colación a este respecto el art. 6.4 de la Directiva de retorno, Directiva 2008/115, según el cual, «Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia».

E).- Ésta es además la interpretación más favorable para asegurar la mayor efectividad del principio de no devolución. El riesgo de fraude de ley al que se alude por la Abogacía del Estado es fácilmente evitable por la Administración con la simple solución de resolver, en los breves plazos establecidos en la ley de asilo, sobre la admisión a trámite de las solicitudes manifiestamente infundadas, pero como advertíamos en nuestra sentencia de 8 de abril de 2021, rec. 2461/2020, «La necesaria conexión entre el derecho de asilo y el control de la inmigración no puede producirse a costa del derecho de asilo, sino partiendo de su riguroso respeto. La Administración es la que tiene en sus manos evitar el efecto previsto por el legislador con el simple mecanismo de resolver las peticiones que considere infundadas en plazo.». Es, por tanto, la Administración la que tiene en sus manos, en los breves plazos de la ley de asilo, evitar los supuestos en los que se utilice de forma indebida el procedimiento de protección internacional para eludir de forma artificiosa las finalidades que persigue la Directiva de retorno que, por esta razón, no consideramos restringida en su eficacia por la interpretación que proponemos.

F).- Y los anteriores razonamientos no se ven afectados por la doctrina que establece la STJUE de 19 de junio de 2018, asunto C-181/2016, invocada por la Abogacía del Estado (a la que también nosotros hicimos antes referencia), que contempla la posibilidad -que aquí no se cuestiona- de acordar la expulsión al amparo de la Directiva de retorno por estancia irregular tras la inicial denegación por la Administración de la protección internacional o en el mismo acto, siempre que, entre otros condicionantes, se suspendan todos los efectos de dicha decisión de expulsión hasta tanto se resuelva el recurso jurisdiccional que se haya interpuesto contra la resolución denegatoria de la protección internacional. Reproducimos, a continuación, la doctrina que se enuncia en el fallo de dicha sentencia:

«La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en relación con la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, y a la luz del principio de no devolución y del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 18, 19, apartado 2, y 47 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la autoridad decisoria adopte una decisión de retorno en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, contra un nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección internacional, a partir del momento en el que deniegue esa solicitud o unida a esa denegación en el marco de un único acto administrativo y, por tanto, antes de que se resuelva el recurso jurisdiccional contra dicha denegación, siempre que el Estado miembro de que se trate garantice que se suspendan todos los efectos jurídicos de la decisión de retorno a

la espera del resultado de dicho recurso, que el solicitante pueda beneficiarse durante ese período de los derechos que se derivan de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, y que pueda invocar cualquier cambio en las circunstancias que se produzca después de la adopción de la decisión de retorno y que pueda incidir de forma significativa en la apreciación de su situación de conformidad con la Directiva 2008/115, en particular, con su artículo 5, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional.»

Como puede observarse, en el caso resuelto por esta sentencia se trataba de resolver si era posible adoptar una decisión de retorno con arreglo a la Directiva 2008/115, contra un solicitante de protección internacional después de dictarse resolución denegatoria de dicha solicitud y antes del resultado del recurso judicial interpuesto contra dicha denegación, resolviendo el TJUE que ello era posible por ser irregular la estancia del solicitante de asilo a partir de aquella inicial denegación, aunque siempre que se suspendieran todos los efectos de la decisión de expulsión hasta la resolución del recurso jurisdiccional interpuesto contra aquella denegación. En cambio, en nuestro caso se aborda la posibilidad de acordar la expulsión por estancia irregular antes del inicial rechazo o inadmisión por la Administración de una solicitud de protección internacional presentada antes de que la expulsión se acuerde, posibilidad que hemos descartado. Además, como antes explicamos, los razonamientos que preceden a la conclusión alcanzada por el TJUE en esta sentencia abundan en la solución que hemos propuesto en la medida en que impiden calificar como estancia irregular en el sentido de la Directiva de retorno la del solicitante de protección internacional mientras no se resuelva o inadmita su solicitud por una inicial resolución de la Administración, circunstancia que impide adoptar una decisión de retorno al amparo del art. 6.1 de aquella Directiva.

SEXTO. La interpretación que fija esta sentencia.

A la vista de los anteriores razonamientos, nuestra respuesta a la cuestión en la que se apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, debidamente referida a la concreta resolución administrativa originariamente impugnada, ha de ser que la solicitud de protección internacional implica la suspensión del procedimiento de expulsión por estancia irregular (art. 53.1.a/ LOEx) que pudiera afectar al solicitante hasta que la Administración dicte una inicial resolución de desestimación o inadmisión de aquella solicitud”.

Pues bien, no apreciando la Sala que concurren razones que justifiquen un apartamiento de la doctrina establecida en las sentencias citadas, cuyo contenido -en lo que ahora interesa- acabamos de transcribir, procede

reiterarla ahora expresamente, en cumplimiento del principio de unidad de doctrina, trasunto de los de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

CUARTO.- Aplicación de la referida doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.

En el caso ahora enjuiciado, la representación de D. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, de fecha 23 de noviembre de 2017, que acordaba la devolución del recurrente al país de origen.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Málaga dictó sentencia en fecha 19 de septiembre de 2018, desestimando el referido recurso contencioso administrativo.

Interpuesto por el Sr. recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, dictó sentencia en la que -en cuanto ahora interesa- señalaba:

“Convenimos pues con el recurrente que la adopción de una orden de devolución constante una solicitud de asilo no resuelta en sentido denegatorio, ni inadmitida por resolución expresa, impide la prosecución de un procedimiento administrativo de devolución, que debe de paralizarse de forma automática desde el momento en el que se solicite formalmente el asilo, momento en el que de conformidad a lo previsto en el art. 8.1 del RD 203/1995, debe comenzar la tramitación del procedimiento facilitando al extranjero solicitante el preceptivo formulario reglamentario del que deben disponer las autoridades en las dependencia habilitadas, no resultando condicionante para la eficacia de la suspensión del procedimiento de retorno la posposición en el tiempo de la puesta a disposición del formulario reglamentario o de la citación para la formalización de una solicitud expresamente emitida, aunque ello responda a razones de autorganización administrativa justificadas, deviniendo en consecuencia nula la resolución de devolución que se dicte ignorando el mandato de

suspensión derivado del art. 18.1.d) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, de Asilo y de la Protección Subsidiaria.

La vulneración de la regla de la suspensión automática entendemos que constituye un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad de conformidad a lo establecido en el art. 48.1 de LPAC, al que se acoge mayoritariamente la calificación de los vicios de invalidez de las resoluciones administrativas que por no estar incursos en aquellos supuestos descritos de manera tasada como gravemente infractores del principio de legalidad de la actividad administrativa en el art. 47,1 de LPAC.

Todo lo razonado conduce a la estimación parcial del recurso de apelación planteado” (sic).

En consecuencia, siendo éste el tenor de la sentencia impugnada, la aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial que hemos reiterado en el Fundamento anterior conduce necesariamente a rechazar el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado en nombre de la Administración del Estado que, en definitiva, pretendía que se declarase “*que la solicitud de protección internacional no supone la automática paralización de los procedimientos de expulsión o devolución que pudieran afectar al solicitante, sino que esa solicitud solo afecta a la ejecución de la expulsión o devolución que pudiera acordarse en ese procedimiento*”.

QUINTO.- Conclusiones y costas.

En virtud de lo expuesto en los precedentes Fundamentos, concluimos que la sentencia impugnada es conforme a Derecho en el extremo que ha sido objeto de impugnación, por lo que procede declarar no haber lugar y desestimar el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado frente a la referida sentencia.

Y, en consecuencia, de conformidad con lo previsto al efecto en los artículos 93.4 y 139.1 LJCA, en cuanto a las costas de la casación, disponemos que cada parte abone las causadas a su instancia y la mitad de

las comunes; y, en cuanto a las de instancia, confirmamos lo ordenado por la Sala de instancia en la sentencia impugnada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.- Reiterar la doctrina jurisprudencial indicada en el Fundamento Tercero de esta sentencia.

Segundo.- Declarar no haber lugar y desestimar el recurso de casación nº 1622/2020, interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de fecha 3 de octubre de 2019 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso de apelación nº 2475/2018, y confirmar la sentencia impugnada por ser ajustada a Derecho.

Tercero.- Imponer las costas conforme a lo dispuesto en el último Fundamento de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.